



Eficiência jurisdicional e princípios concorrentes

Autor: Alexandre Pereira Dutra

Juiz Federal Substituto

publicado em 30.04.2014

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Resumo

Discute a utilização da eficiência como critério de orientação de práticas jurisdicionais, chamando a atenção para os efeitos gerados sobre as partes do ponto de vista de direitos e garantias e de outras exigências de justiça que emanam da ordem jurídica. Examina o exemplo da fundamentação da sentença, cuja simplificação tem sido utilizada como técnica de eficiência, com restrições consideráveis sobre o contraditório processual.

Palavras-chave: Eficiência. Justiça. *Trade-offs*. Fundamentação da sentença. Gestão de processos.

Sumário: Introdução. 1 Eficiência como princípio da jurisdição. 2 O exemplo da fundamentação da sentença. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

O presente artigo pretende desenvolver algumas reflexões acerca da utilização da eficiência como critério de orientação de práticas jurisdicionais, chamando a atenção para os efeitos gerados sobre os jurisdicionados do ponto de vista de direitos e garantias e de outras exigências de justiça que emanam da ordem jurídica. Pretende-se demonstrar que razões de eficiência não operam sozinhas – elas interagem com outros princípios, restringindo-os ou se acomodando a eles de acordo com os contextos específicos.

A hipótese do trabalho é de que práticas de gestão no âmbito da jurisdição não oferecem maiores riscos quando reduzem os custos do processo sem causar prejuízo às partes. Quando, porém, geram algum prejuízo, é preciso fazer uma avaliação criteriosa dos princípios concorrentes e das restrições envolvidas. Um bom exemplo é o da fundamentação da sentença, cuja padronização tem sido utilizada como técnica de eficiência, com restrições consideráveis sobre o contraditório processual.

Ao final, esboçam-se critérios para nortear práticas eficientes de jurisdição que articulem custos e benefícios e não descurem das demais exigências do ordenamento.

1 Eficiência como princípio da jurisdição

Desde a EC nº 45/04, a eficiência no âmbito do Poder Judiciário ganhou assento constitucional, seja pela previsão de uma garantia fundamental específica no art. 5º da CF (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”), seja pela atribuição ao Conselho Nacional de Justiça da função de zelar pela observância do art. 37 da CF, o que implica a possibilidade de controle não só da legalidade, mas também da moralidade e da eficiência dos atos praticados por membros e por órgãos do Poder Judiciário.

É claro que, mesmo antes de sua positivação constitucional, razões de eficiência

já inspiravam diversas regras e procedimentos legais, a exemplo do dever conferido ao juiz de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC) e a possibilidade de aproveitamento de atos praticados com inobservância de forma, desde que atinjam sua finalidade sem prejuízo à defesa (artigos 244 e 250 do CPC). São regras que buscam reduzir os custos do processo, evitando-se a realização ou a repetição de atos processuais dispensáveis para o julgamento da lide.

Por certo, exigências como essa não recaem somente sobre o juiz da causa, mas também sobre as partes. É o caso, por exemplo, das nulidades processuais relativas, que devem ser apontadas pela parte interessada em alegações finais, sob pena de preclusão. É uma forma de evitar custos desnecessários, nos casos em que a gravidade do erro judiciário não compense anular a sentença e retomar o processo em primeiro grau. Algo que o direito tenta fazer é manter os custos de situações como essa, no mínimo, penalizando quem torne os problemas mais onerosos do que eles precisam ser. No caso, busca-se evitar o desperdício de tempo e o retrabalho estimulando as partes a apontarem a nulidade assim que ela ocorra, sob pena de preclusão.

Conforme explica Ward Farnsworth, gerar eficiência significa maximizar riqueza ou, em outras palavras, evitar desperdício. E incentivar as partes e o juiz nessa direção é o que significa tomar a eficiência como princípio da jurisdição.⁽¹⁾

Contudo, razões de eficiência não são absolutas, já que, em muitos casos, exigências de justiça e equidade falam mais alto. Veja-se o caso da revisão criminal: admite-se a reabertura da lide em benefício do réu, mas não para obter a condenação ou o agravamento da pena. Ainda assim, as hipóteses de cabimento são específicas (art. 621 do CPP), baseando-se em exigências de justiça de excepcional gravidade, à margem das quais prevalecem as considerações de eficiência e segurança jurídica que fundamentam o instituto da coisa julgada.

O exemplo demonstra que o direito estabelece compensações entre diferentes exigências do sistema jurídico, a depender de contextos específicos. Razões de eficiência não operam sozinhas – elas interagem com outros princípios, restringindo-os ou se acomodando a eles. Por isso, gerar eficiência implica analisar princípios concorrentes e *trade-offs*⁽²⁾ aceitáveis.

Em geral, a tensão entre justiça e eficiência espelha o conflito mais abstrato entre indivíduo e comunidade, já que exigências de justiça incluem a proteção de direitos individuais, ao passo que a maximização de riqueza representa uma dimensão de utilidade social. Trata-se de saber, em síntese, até que ponto tolerar prejuízos particulares (por exemplo, dar por convalidada uma nulidade relativa não alegada em tempo oportuno) a bem de manter fortes os incentivos que objetivam evitar desperdício da riqueza da comunidade (no caso, a anulação da sentença). Uma posição puramente deontológica não daria importância aos resultados no plano de aproveitamento dos recursos, ao passo que o consequencialismo estreito tomaria resultados valiosos como justificativa para qualquer restrição individual. Na prática, soluções legais não se alinham a nenhum desses extremos, buscando sopesar razões de princípio e resultados relevantes. Vale aqui a lição de Amartya Sen:

“O argumento em favor do raciocínio consequencial surge do fato de que as atividades têm consequências. Mesmo atividades que são intrinsecamente valiosas podem ter **outras** consequências. O valor intrínseco de qualquer atividade não é uma razão adequada para menosprezar seu papel instrumental, e a existência de uma importância instrumental não é uma negação do valor intrínseco de uma atividade. Para chegar a uma avaliação global do *status* ético de uma atividade, é necessário não apenas considerar seu valor intrínseco (se ela o possuir), mas também seu papel instrumental e suas consequências sobre outras coisas, isto é, examinar as diversas consequências intrinsecamente valiosas ou desvaliosas que essa atividade pode ter.”⁽³⁾

No campo da aplicação do direito, é possível compatibilizar considerações de consequência com regras e princípios jurídicos a partir da compreensão de que consequências são fatos capazes de compor o suporte fático de normas, de

modo que as próprias normas podem atuar como critério de seleção das consequências relevantes.(4) Um bom exemplo é que gera debate na comunidade jurídica diz respeito à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, permitida pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.(5) Tais termos são conceitos jurídicos indeterminados que convidam o julgador a empregar considerações de consequência relevantes para o caso em julgamento.(6) Para os fins do presente estudo, isso é relevante porque, assumindo que a eficiência gerencial é um objetivo da jurisdição, consequências para a eficiência jurisdicional podem ser integradas ao discurso jurídico para sua necessária ponderação em face de outras exigências legais.

Em alguns casos, a eficiência é perseguida sem prejudicar posições individuais, como no exemplo do art. 130 do CPC: o dever conferido ao juiz de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias pressupõe que o indeferimento da prova não cause prejuízo às partes, justamente porque a prova é inútil. É mais eficiente julgar o processo no estado em que se encontra porque a produção da prova gerará custos para as partes e para o sistema judiciário sem qualquer benefício significativo no conjunto probatório. Do ponto de vista econômico, a primeira situação é mais eficiente que a segunda porque proporciona algum ganho e não gera prejuízo a qualquer dos envolvidos. É um modelo menos agressivo de eficiência, chamado na ciência econômica de eficiência de Pareto.

Agora veja-se a obrigação constante do art. 11 da Lei nº 10.259/2001, segundo o qual a entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação. Comete-se previamente à Fazenda Pública o dever de liberar a documentação de que disponha, porque se presume sua maior facilidade em reunir e exibir a prova, independentemente de quem tenha razão. Nesse caso, a eficiência é obtida impingindo-se o custo da prova à entidade pública, mas se presume que esse custo seja compensado com os esforços poupados ao sistema judiciário e à cidadania. O modelo de eficiência que inspira essa regra é diverso do anterior, porque admite que alguém sofra prejuízo – mas os benefícios devem compensar com saldo positivo. É o que se chama na ciência econômica de eficiência de Kaldor-Hicks.(7)

A eficiência de Kaldor-Hicks exige maiores cautelas porque pode esbarrar em princípios que não admitem compensação, em que o *trade-off* seja inaceitável: por exemplo, ainda que a prova do impedimento do juiz permita ser oferecida com antecedência, a sentença será anulada – é o tratamento geral das nulidades absolutas que, por ofenderem direitos e garantias fundamentais, não se sujeitam à convalidação pela preclusão. Nesses casos, os ganhos de eficiência que seriam gerados pela possibilidade de convalidação produziriam prejuízos de excepcional gravidade, pondo em risco valores que a comunidade política busca proteger apesar de qualquer consideração de desperdício ou maximização de riqueza.(8)

Nessa linha, pode-se dizer que práticas de eficiência no âmbito da jurisdição não oferecem maiores riscos quando atendem à eficiência de Pareto,(9) de modo que reduzam os custos do processo sem causar prejuízo às partes (caso do dever judicial de atentar para os pontos controversos, indeferir provas inúteis ou meramente protelatórias, viabilizar a conciliação sempre que possível ou determinar o aproveitamento de atos defeituosos quando atinjam sua finalidade sem prejuízo à defesa).(10) Quando, porém, gerarem algum prejuízo, é preciso fazer uma avaliação criteriosa dos princípios concorrentes e dos *trade-offs* envolvidos. O problema da fundamentação das sentenças parece um bom exemplo para exame destacado.

2 O exemplo da fundamentação da sentença

No Brasil, a simplificação da sentença tem sido utilizada como técnica de eficiência, sobretudo no processo civil. Há previsões legais que apostam claramente nisso, como a Lei nº 9.099/95 – artigos 38 (“A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório”) e 46 (“O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for

confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão”) –, e um entendimento jurisprudencial firmado que considera “desnecessária a apreciação de todos os argumentos ou a citação expressa dos dispositivos legais e constitucionais, pois o juiz não está obrigado a responder todas as alegações da parte, quando encontrar fundamento suficiente para embasar a sua decisão” (TRF4 5000324-58.2012.404.7105, por exemplo).

Note-se que, em regra, quanto mais detalhado um julgamento, maior a justiça da decisão, já que circunstâncias e consequências específicas podem gerar diversas aplicações de princípios e políticas relevantes.⁽¹¹⁾ No entanto, ao favorecer a justiça dos casos singulares, o particularismo perde em eficiência, pois aumenta a quantidade de fatores a serem apurados, provados e valorados em casos sucessivos. De outro lado, quanto mais padronizado um julgamento, menos questões a serem objeto de cognição – porém maior o risco de iniquidades em razão do tratamento comum de casos com eventuais distinções relevantes. O sistema jurídico reconhece isso, tanto que às vezes utiliza regras bem definidas como ferramenta normativa e em outras utiliza conceitos indeterminados, a terem o sentido preenchido de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

O regramento do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF reflete bem os dilemas envolvidos na regulamentação por meio de regras ou padrões. Embora a ideia de miserabilidade molde o pressuposto fático do benefício (a CF contempla os que “comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”), a Lei nº 8.742/93 estabeleceu um corte bem específico, ao considerar incapaz de prover a manutenção a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ do salário mínimo. No entanto, o STF, acolhendo o entendimento das cortes inferiores, confirmou que a regra oferecia proteção insuficiente, por excluir de antemão casos de miserabilidade evidenciados por outros meios de prova. Conforme se colhe do informativo nº 702 do STF:

“Prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes, relator do RE 580963/PR. Ressaltou haver esvaziamento da decisão tomada na ADI 1232/DF – na qual assentada a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 –, especialmente por verificar que inúmeras reclamações ajuizadas teriam sido indeferidas a partir de condições específicas, a demonstrar a adoção de outros parâmetros para a definição de miserabilidade. Aduziu que o juiz, diante do caso concreto, poderia fazer a análise da situação. Destacou que a circunstância em comento não seria novidade para a Corte. Citou, no ponto, a ADI 223 MC/DF (DJU de 29.06.90), na qual, embora declarada a constitucionalidade da Medida Provisória 173/90 – que vedava a concessão de medidas liminares em hipóteses que envolvessem a não observância de regras estabelecidas no Plano Collor –, o STF afirmara não estar prejudicado o exame pelo magistrado, em controle difuso, da razoabilidade de outorga, ou não, de provimento cautelar. O Min. Celso de Mello acresceu que, conquanto excepcional, seria legítima a possibilidade de intervenção jurisdicional dos juízes e tribunais na conformação de determinadas políticas públicas, quando o próprio Estado deixasse de adimplir suas obrigações constitucionais, sem que isso pudesse configurar transgressão ao postulado da separação de Poderes.” (RE 567985/MT, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 17 e 18.04.2013)

De fato, uma das desvantagens na utilização de regras diz respeito ao risco de *over* e *underinclusiveness*, o que significa a possibilidade de incidência da regra em mais ou menos casos do que caberia à luz do propósito que lhe é subjacente.⁽¹²⁾ Ao que tudo indica, a regra de ¼ do salário mínimo, no caso do benefício assistencial, era insuficiente do ponto de vista de sua finalidade, já que deixava de fora situações de miserabilidade evidenciadas por outros meios de prova. Mas deve-se notar que, a despeito dos ganhos em justiça, a substituição pelo padrão genérico apresenta *trade-offs*: as decisões concretas vão consumir mais tempo, podem produzir tratamento desigual e afetar a previsibilidade do sistema ao gerar desequilíbrio que aumenta a judicialização de questões administrativas.

Nesse sentido, Cass Sunstein explica que a escolha entre regras ou outras técnicas é essencialmente pragmática, dependendo da consideração de múltiplos

critérios, por exemplo: 1) as dificuldades de obtenção de informações particulares pelo legislador; 2) os custos políticos em se adotar uma regra quando houver dissenso social sobre a questão envolvida; 3) a possibilidade de arbitrariedade ou corrupção daqueles a quem competirá decidir casos particulares; 4) o grau de consenso entre legisladores e juízes sobre a questão; 5) a probabilidade de erro em razão do maior ou menor particularismo dos fatos objeto de regulação.**(13)**

No caso da fundamentação das sentenças, a padronização aumenta a eficiência do órgão jurisdicional, já que define a instrução probatória e reduz o tempo de elaboração da decisão. No entanto, o risco de iniquidades decorrentes da superinclusão ou sobreinclusão também é significativo: considere-se o caso, por exemplo, das sentenças de improcedência em ações previdenciárias de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez em que o laudo pericial tenha sido desfavorável ao segurado; a experiência demonstra que a maior parte das impugnações à prova pericial não é forte o suficiente para desconstituir o laudo, no entanto o indeferimento em massa dessas impugnações pode gerar iniquidades, nos casos em que a parte inconformada realmente tenha razão.

Com efeito, para evitar injustiças assim é que o princípio do contraditório tem sido concebido como abrangente não apenas do direito de informação e manifestação, mas também, e principalmente, do direito de ver seus argumentos considerados pelo órgão julgador (veja-se, nesse sentido, o voto do Ministro Gilmar Mendes, baseado na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, no MS 24.268/2004). Sobretudo em questões de fato, a simplificação das sentenças compete com a exigência do efetivo contraditório, garantia processual que permite revelar as particularidades do caso e sua relevância em face do direito aplicável. O prejuízo ao contraditório e à justiça de casos particulares é aceitável para gerar eficiência jurisdicional? Razões de economia e celeridade processual podem inutilizar princípios baseados no respeito à pessoa?

Não por acaso, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro pretende considerar não fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; e IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.**(14)** A disposição busca superar o entendimento jurisprudencial que autoriza o julgador a amparar sua decisão apenas nos fundamentos que entenda suficientes e, se aprovada, causará forte impacto sobre a gestão de gabinetes. Ratifica que existem limites à utilização de fundamentos padronizados como técnica de gestão, pois os ganhos de eficiência podem gerar *trade-offs* inaceitáveis sob o ponto de vista de direitos e garantias fundamentais.

Como afirma José Antonio Savaris, uma medida de aceleração (de eficiência gerencial ou de aceleração do processo) não deve ser adotada se desafia o devido processo legal em suas elementares exigências, como as de acesso à justiça, contraditório, ampla defesa, publicidade dos atos e decisões e fundamentação dos atos e decisões judiciais. O exemplo do laudo previdenciário desfavorável não lhe passa despercebido:

“É da essência do devido processo legal que as partes possam influenciar no julgamento da decisão, debatendo as questões de fato e de direito que circunscrevem o conflito em Juízo. Nas ações previdenciárias por incapacidade, por exemplo, é imperioso que as partes tenham oportunidade de se manifestar sobre o laudo médico pericial, via de regra o elemento de prova decisivo nesta espécie de feito. O debate sobre tal prova atende ao postulado do contraditório, visto que apenas se assegura a efetiva participação processual quando a parte tem oportunidade de demonstrar eventual inconsistência da prova técnica, elaborar quesitos complementares ou mesmo apresentar documentos que supervenientemente julgar necessários para a comprovação do fato constitutivo de seu direito à prestação da Seguridade Social.”**(15)**

É claro que alguns contrapontos devem ser considerados. Assim como a padronização oferece desvantagens, o particularismo total também pode ser

negativo para a Administração da Justiça, sobretudo por aumentar o risco de arbitrariedades, diminuir a previsibilidade e a transparência para os jurisdicionados e dificultar um controle social abrangente das posturas judiciais.(16) Entra em jogo aí o valor essencial da segurança jurídica, que exige mecanismos de controle não só de políticos e administradores, mas também de juízes. Já do ponto de vista da eficiência, deslocam-se os custos informacionais para o processo judicial com repercussão no prolongamento da instrução probatória e criam-se incentivos à judicialização, motivada tanto no uso estratégico do Poder Judiciário como no fenômeno comum das *slippery slopes*.(17)

Por tudo, parece inevitável concluir que a gestão de processos deve buscar soluções de equilíbrio entre padronização e particularismo capazes de articular os diversos custos e benefícios. Um bom exemplo diz respeito à nomeação de médicos especialistas em perícias de incapacidade laboral: embora o parecer de um médico especialista ofereça, em tese, maior credibilidade e confiabilidade à prova, em órgãos judiciais do interior a medida normalmente acarreta maiores custos pela baixa ou nenhuma disponibilidade de profissionais. No âmbito da 4ª Região, buscou-se uma solução de equilíbrio em precedente de uniformização orientando que “a nomeação de outros profissionais somente se faz necessária no caso de o especialista hesitar nas respostas ou expressamente referir que não tem habilitação para avaliar a incapacidade decorrente de determinada moléstia, ou ainda, nos casos complexos ou de doenças raras”:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. PERÍCIA COM MÉDICO ESPECIALISTA. DESNECESSIDADE. 1. A perícia para aferição da incapacidade para o trabalho não precisa ser realizada por médico especialista na área da patologia alegada, podendo ser realizada por médico do trabalho, clínico geral ou médico de qualquer outra especialidade, desde que este se considere apto para a avaliação da moléstia, inclusive no caso de doença psiquiátrica. 2. Dessa forma, a nomeação de outros profissionais somente se faz necessária no caso de o especialista hesitar nas respostas ou expressamente referir que não tem habilitação para avaliar a incapacidade decorrente de determinada moléstia, ou ainda, nos casos complexos ou de doenças raras. 3. A análise de diferentes moléstias, ainda que por um mesmo perito, somente é de ser feita quando a parte comprova que submeteu para análise prévia do INSS essa patologia, o que pode ser feito com a juntada do HISTÓRICO DE PERÍCIA MÉDICA (HISMED) constante no sistema da Previdência. 4. Pedido de uniformização improvido.” (5000967-62.2012.404.7122, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão Paulo Paim da Silva, D.E. 28.03.2012)

Tal procedimento atende à eficiência de Pareto ao permitir a nomeação de médico do trabalho ou clínico geral quando as circunstâncias não evidenciarem prejuízo à parte – mas, se houver prejuízo, evidenciado pelas circunstâncias apontadas (o especialista hesitar nas respostas ou expressamente referir que não tem habilitação para avaliar a incapacidade decorrente de determinada moléstia, ou ainda nos casos complexos ou de doenças raras), a eficiência cede ante a particularidade dos casos.

Voltando à questão da fundamentação da sentença, restará algum espaço para objetivação em questões de direito uniformizadas pelos tribunais, sobretudo se existirem súmulas vinculantes ou precedentes de recursos repetitivos, os quais desempenham um eficiente papel de descarga de argumentação;(18) fora disso e nas questões de fato levantadas pelas partes, forçoso considerar o respeito ao efetivo contraditório como restrição prévia de qualquer fórmula de concisão argumentativa.

Conclusões

- a. Gerar eficiência significa maximizar riqueza ou, em outras palavras, evitar desperdício. E incentivar as partes e o juiz nessa direção é o que significa tomar a eficiência como princípio da jurisdição.
- b. O direito estabelece compensações entre diferentes exigências do sistema jurídico, a depender de contextos específicos. Razões de eficiência não operam sozinhas – elas interagem com outros princípios, restringindo-os ou se acomodando a eles.

- c. Práticas de eficiência no âmbito da jurisdição não oferecem maiores riscos quando atendem à eficiência de Pareto, de modo que reduzam os custos do processo sem causar prejuízo às partes. Quando, porém, geram algum prejuízo, é preciso fazer uma avaliação criteriosa dos princípios concorrentes e dos *trade-offs* envolvidos.
- d. No caso da fundamentação das sentenças, a padronização aumenta a eficiência do órgão jurisdicional, já que define a instrução probatória e reduz o tempo de elaboração da decisão. No entanto, o risco de iniquidades decorrentes de *over* e *underinclusiveness* também é significativo.
- e. A simplificação das sentenças compete com a exigência do contraditório, garantia processual que permite revelar as particularidades do caso e sua efetiva consideração pelo julgador.
- f. Existem limites à utilização de fundamentos padronizados como técnica de gestão, pois os ganhos de eficiência geram *trade-offs* inaceitáveis em relação ao contraditório e à justiça de casos particulares.
- g. Há espaço para objetivação em questões de direito uniformizadas pelos tribunais, sobretudo se existirem súmulas vinculantes ou precedentes de recursos repetitivos; fora disso e nas questões de fato levantadas pelas partes, o contraditório incide como restrição prévia à concisão argumentativa.
- h. A gestão de processos deve buscar soluções de equilíbrio entre padronização e particularismo capazes de articular os diversos custos e benefícios envolvidos.

Referências bibliográficas

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FARNSWORTH, Ward. **The legal analyst**: a toolkit for thinking about the Law. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

POSNER, Richard. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. Kindle edition.

ROMANTZ, David S.; VINSON, Kathleen Elliot. **Legal analisys**. Durham: Carolina Academic Press, 2009. Kindle edition.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2010.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

WHITE, Mark. **Kantian ethics and economics**: autonomy, dignity, and character. Stanford: Stanford University Press, 2011. Kindle edition.

Notas

1. **The legal analyst**: a toolkit for thinking about the Law. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 15. No original: "*The general point is that it's expensive when things go wrong (perhaps this is mostly what it means for things to go wrong). One thing the law tries to do – some think it's the main thing the law tries to do – is keep the cost of such situations to a minimum. It does this by penalizing people who make problems more expensive than they have to be, perhaps by holding them liable for the result (as in the encroachment case) or by denying them a recovery they otherwise would have had (as when the appeal from the late complainer is denied, or a second lawsuit about the same facts is not allowed). This is what it means to make efficiency a legal goal. To tie the point to the first chapter: when you are trying to figure out whether a legal decision will create good incentives, try asking whether it will cause the parties, or people like them, to keep all the costs of their situations to a minimum*". Embora não se apresente como tal, a obra pode ser considerada

uma introdução ao Direito e à Economia, já que aborda de forma prática os princípios fundamentais referentes a incentivos, interações, heurísticas e vieses e as análises econômico-jurídicas principais.

2. Sem tradução exata para o português, a noção de *trade-off* refere-se a escolhas disjuntivas, em que a opção por uma finalidade implica renunciar, em alguma medida, a outras finalidades. Gustavo Amaral trata da ideia a propósito do problema da escassez: “A ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*. Sem tradução exata para o português, podemos dizer que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha **do que atender e do que não atender**. Preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis. Decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos os demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico. Uma UTI neonatal consome recursos – dinheiro, espaço, pessoal – que não estarão disponíveis para atender às necessidades que não sejam de recém-nascidos” (**Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 42, 150).

3. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 91.

4. Em texto crítico da teoria de Richard Posner, Dworkin afirma: “Devo acrescentar – embora espere que isso seja evidente – que os juízes não precisam optar entre avaliar as consequências desse modo pessoal e ignorá-las por completo. Ninguém imagina que os juízes possam ou devam decidir os casos ‘por meio de um algoritmo que pretenda fazê-los chegar, ao longo de um processo lógico ou formal de outra natureza, a Uma Decisão Correta, utilizando apenas os materiais canônicos da tomada de decisões judiciais como o texto legal ou constitucional e decisões judiciais anteriores’. Essa representação da decisão judicial é, e sempre foi, de uma inconsistência flagrante. **Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas**” (A justiça de toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 148, destaquei). Em **Levando os direitos a sério**, Dworkin sugere que uma interpretação econômica associada à escassez pode ser formulada como um argumento de princípio se se entender que seu apelo se volta para os direitos concorrentes daqueles cuja segurança vai ser sacrificada, ou cuja justa parte de tal recurso será ameaçada se o direito abstrato tornar-se concreto: “Se, por exemplo, um juiz apela à segurança pública ou à escassez de algum recurso vital como uma razão para restringir algum direito abstrato, podemos entender que seu apelo se volta para os direitos concorrentes daquele cuja segurança vai ser sacrificada, ou cuja justa parte de tal recurso será ameaçada se o direito abstrato tornar-se concreto. Seu argumento será um argumento de princípio, se respeitar as exigências distributivas de tais argumentos e se observar a restrição mencionada na seção anterior: aquela segundo a qual o peso de um princípio concorrente pode ser menor que o peso da política paralela apropriada. Encontramos um outro tipo de exemplo no conhecido argumento de que certos tipos de ação judicial não deveriam ser permitidos, porque isso equivaleria a sobrecarregar os tribunais com litígios. O tribunal supõe que, se fosse permitido tal tipo de ação judicial, não lhe restaria tempo suficiente para examinar, com a devida rapidez, outras ações voltadas para a defesa de direitos que, tomados em conjunto, são mais importantes do que os direitos que, por essa razão, ele se propõe a bloquear” (**Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 156-7).

5. A Suprema Corte lançou mão de tal dispositivo, por exemplo, ao julgar inconstitucional a previsão dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que ampliavam para dez anos os prazos de prescrição e decadência das contribuições previdenciárias (RREE 559.943, 556.664, 559.882 e 560.626, j. 12.06.2008). Chama atenção aí que o impacto sobre o erário público decorrente de futuras repetições de indébito foi considerado consequência relevante para caracterizar razão de segurança jurídica a justificar a modulação de efeitos. A problemática nesse caso é definir se impactos econômicos sobre os cofres públicos podem

limitar direitos e garantias tributárias conferidas aos contribuintes, o que parece duvidoso pela dificuldade de se reconduzir o argumento econômico a um princípio jurídico previsto na Constituição. Esse exemplo também revela que, a depender do caso concreto, a só utilização de um conceito jurídico indeterminado é insuficiente para valorar uma consideração de consequência, pois razões jurídicas de maior relevância se tornam necessárias em virtude da importância relativa de direitos e princípios concorrentes. Diversamente ocorreu no antigo RE 79.628 (j. 22.10.1974), em que o STF, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade da norma de investidura de pessoas em cargos públicos, admitiu a eficácia e a validade dos atos por elas praticados, buscando proteger as relações jurídicas decorrentes da atividade do funcionário público de fato. Na mesma linha se deu o julgamento da ADI 2.501 (j. 04.09.2008), que julgou inconstitucional a norma que autorizava, reconhecia e credenciava cursos de instituições superiores privadas. Asseverou-se que essa função é de competência exclusiva da União e decidiu-se, ainda, pelo deferimento da modulação dos efeitos da decisão a fim de que fossem considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões, etc.) praticados pelas instituições de ensino até a data de publicação do acórdão. Importa destacar que, nesses precedentes, a ponderação das consequências operou-se por meio de princípios jurídicos tutelados pelo ordenamento, especialmente a proteção da boa-fé que a aparência de legitimidade dos atos administrativos produziu na cidadania. Já na ADI 3.819 (j. 24.10.2007), em que o STF julgou inconstitucional a transposição sem prévio concurso público de servidores para a recém-criada carreira de defensor público estadual, foram concedidos efeitos prospectivos de seis meses a fim de que, com base no princípio da continuidade do serviço público, o Estado tivesse tempo hábil para reorganização das atividades.

6. Segundo Richard Posner, um exemplo que revela o papel da adjudicação consequencialista é bem exposto na distinção entre regras e padrões. Um motorista poderia ser multado por dirigir de forma imprudente, o que seria um padrão, ou por dirigir acima de um específico limite de velocidade, o que seria uma regra. Como explica o autor, padrões geram *trade-offs* e convidam decisões que considerem as melhores consequências para o caso em julgamento, enquanto regras restringem a consideração judicial por consequências – POSNER, Richard. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. Kindle edition. cap. 2. No original: *"The issue of consequentialist adjudication is sharply posed by the distinction, fundamental to the legal process, between a standard and a rule. A driver could be punished for driving carelessly, or for driving in excess of the posted speed limit. Eligibility to become President might be limited to mature adults, or (as it is) to persons who have reached their thirty- fifth birthday. A deliberate wrongdoer might be liable to pay punitive damages in an amount determined by a jury, or might be ordered to pay three times the compensatory damages determined by the jury. Standards invite tradeoffs and conduce to producing the decision that yields the best consequences for the case at hand, while rules truncate inquiry and, specifically, curtail judicial consideration of consequences"*.

7. Uma situação é Pareto-eficiente se ninguém pode estar em melhor condição sem que alguém sofra prejuízo. Já o modelo de Kaldor-Hicks considera uma decisão eficiente se criar mais benefícios do que custos no somatório geral. Nesse caso, as pessoas beneficiadas pela decisão poderiam em tese compensar as prejudicadas e ainda assim obter melhora. No entanto, a possibilidade de compensação é um teste hipotético, de modo que uma decisão pode ser eficiente no sentido de Kaldor-Hicks mesmo que alguns acabem com prejuízo – desde que os benefícios totais compensem em tese – FARNSWORTH, **The legal analyst...**, p. 22. No original: *"The type of efficiency we will be concerned with in this book is the 'Kaldor-Hicks' variety, which holds a decision efficient if it creates more benefits than costs overall. In other words, the people helped by the decision could fully compensate the people hurt by it and still be better off. In practice no such compensation need be paid, so a decision can be efficient in the Kaldor-Hicks sense even if some people are made worse off by it – so long as others are made even better off still. When this book refers to efficiency, that is what it means: comparing the total costs of decisions to their total benefits. (Distinguish this from the weaker notion of Pareto efficiency. A state of affairs is Pareto efficient if nobody can be made better off without making someone else worse off)"*.

8. Como explica o economista americano Mark White, o principal problema ético aqui é a violação à fórmula kantiana do respeito se prejuízos individuais forem tratados como mero instrumento para que se maximize a riqueza social, sem consideração pelos direitos que emanam da dignidade e da autonomia. A eficiência de Kaldor-Hicks, ao admitir o prejuízo de alguns em benefício de outros, pode gerar problemas éticos graves se razões de princípio forem ignoradas em prol somente da eficiência – **Kantian ethics and economics: autonomy, dignity, and character**. Stanford: Stanford University Press, 2011. Kindle edition. cap. 4. No original: *"The most basic ethical problem here is that Kaldor-Hicks efficiency, with its reliance on hypothetical compensation, is a clear violation of the Formula of Respect, because it treats the party who loses resources merely as a means to the end of the party who gains them. Indeed, even where the compensation to occur, but without the explicit consent on the part of the harmed party, the practice would still be objectionable, since the compensation is imposed on, rather than freely accepted by, the harmed party. The absence of compensation serves to compound this offense to dignity"*.

9. Ainda assim, existem limites: as partes de uma reclamatória trabalhista podem concordar na realização de um acordo, o que daria pronta solução à lide, mas, se o juiz perceber indícios de fraude, deverá suscitar a controvérsia, independentemente de qual medida gerará maiores custos sociais.

10. Diversas práticas comuns na realidade da 4ª Região podem ser associadas a esse modelo de eficiência, por exemplo: a. edição de portarias para desenvolvimento do processo pela secretaria ou despachos únicos que antecipam os cursos processuais; b. qualificação de servidores para agilização de cálculos, evitando-se a necessidade de envio do processo à contadoria judicial; c. realização de audiências gravadas e presididas por conciliadores; d. realização de perícias em juízo e em audiência; e. compartilhamento de banco de dados de órgãos públicos, como os da Receita Federal, do INSS e da Polícia Federal; f. utilização de mandados de constatação a serem cumpridos por oficial de justiça; g. intimação para cumprimento endereçada diretamente aos órgãos públicos, sem passar pelas procuradorias; h. reabertura de processos administrativos para eventual reconhecimento do pedido; i. viabilização da conciliação a qualquer tempo, mesmo após a sentença.

11. Cass Sunstein observa que a experiência pode revelar considerações que tornem estranha ou inadequada a aplicação da regra. Decisões limitadas por regras podem ser injustas, por não darem conta suficientemente de circunstâncias individuais relevantes – **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 130. No original: *"Rules are both over- and underinclusiveness if assessed by reference to the reasons that justify them. If you have ever been frustrated by modern government, you know that rules can produce arbitrary outcomes. Experience is likely to turn up considerations that make it odd or worse to apply the rule. Particularized decisions may be just, and rule-bound decisions may be unjust, because the latter could not sufficiently take account of individual circumstances"*.

12. SUNSTEIN, **Legal reasoning**..., p. 135: *"From all this, cannot be said that rules are always inferior to case-by-case judgments; this would be an absurdly general claim. That very claim – a claimed rule – would be obtuse for the same reason that rules are obtuse. But rules often go wrong because they diverge from the arguments that justify them, producing outcomes that make no sense. When legal systems refuse to make rules, it is because people understand that any rules would misfire too frequently. The largest lesson is no less important for its roots in antiquity: if human frailties and institutional needs are put to one side, particularized judgments, based on the relevant features of the single case, represent the highest form of justice"*.

13. **Legal reasoning**..., p. 149-150. No original: *"It is nonetheless possible to offer some rough-and-ready generalizations. Most broadly, rules will be avoided (1) when the lawmaker lacks information and expertise, so that the information costs are too high to produce reliable rules; (2) when it is difficult to choose rules because of political disagreement within the relevant institution, so that the political costs of rules are too high to justify them; (3) when people in a position to decide whether to have rules do not fear the bias, interest, or corruption of those who decide particular cases; (4) when those who make the law do not*

disagree much with those who will interpret the law, and hence when the lawmakers do not need rules to discipline administrators, judges, or others; and (5) when the applications of the legal provision are few in number or relevantly different from one another. Most simply, rules might thus be chosen when the error rate with the particular rules is relatively low, when the error rate for rulelessness is high, and when the number of cases is large".

14. Redação conferida pelo Senado ao parágrafo único do art. 476 do PLS nº 166, de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em: 04 jul. 2013: "Art. 476. São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório sucinto, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem. Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador". Considere-se também a provável redação do art. 10: "Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307".

15. SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 140.

16. SUNSTEIN, **Legal reasoning**..., p. 161: "*Often a legal system should make the choice between rules and rulelessness on the basis of a contextual inquiry into the aggregate level of likely errors and abuses. I have suggested that when judges or other interpreters are perceived to be ignorant, corrupt, or biased, or in any case when they diverge in their judgments from the people who make rules, a legal system should and will proceed with rules. Even a poor fit, in the form of over- and underinclusive rules, can be tolerated when individual decisions will be inaccurate as well. Thus we must find rulelessness when there is no special reason to distrust those who will make decisions. Rules are likely to be favored when it is possible to come up with rules that fit well*".

17. No direito norte-americano, as cortes evitam transitar por ladeiras escorregadias nos casos em que a decisão, ao expandir o direito sem articular limites claros, pode abrir comportas para a litigância (*floodgates of litigation*). Por exemplo, se a corte é chamada a definir a amplitude de uma regra de direito, a parte interessada na interpretação mais estreita pode alegar que a interpretação mais ampla afetaria a eficiência do sistema judiciário por permitir uma inundação de processos ou uma ladeira de responsabilizações. Ela pode alegar que a interpretação ampla levaria ao uso ineficiente do tempo e dos recursos da corte, além de gerar hipóteses de responsabilização e culpabilidade imprevisíveis – ROMANTZ, David S.; VINSON, Kathleen Elliot. **Legal analysis**. Durham: Carolina Academic Press, 2009. Kindle edition. cap. 6, subitem B.1. No original: "*Judicial administration policy arguments focus on the importance of an efficient and fair judicial system. These policy arguments tend to pit judicial efficiency against fairness to the parties. For example, courts are sometimes asked to consider the breadth of rule of law. The party seeking a narrow and limited rule might argue that the broad rule would harm judicial efficiency by 'opening the floodgates of litigation' or suggest that the broad rule might result in a 'slippery slope' of endless liability. That party could argue that the proposed rule is too broad and would lead to inefficient use of court time and resources. The party could also argue that the breadth of the rule creates new liability or generates culpability that was never intended. Courts recognize a difference between slightly extending the law and starting up the floodgates to litigation. A slippery slope is a court's decision that expands the law without articulating a clear limit. Courts are reluctant to change the law, especially when that change could result in endless lawsuits that clog the courts*".

18. A descarga de argumentação é tanto maior quanto mais persuasivo o precedente (em razão, por exemplo, da posição hierárquica do tribunal que o prolatou).

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

DUTRA, Alexandre Pereira. Eficiência jurisdicional e princípios concorrentes. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 59, abr. 2014. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao059/Alexandre_Dutra.html>

Acesso em: 12 maio 2014.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS